

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

A APLICAÇÃO PESSOAL DAS ASTREINTES AO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

ADRIANO FARIA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, adrianodgf@hotmail.com.

RESUMO: No presente trabalho, identificamos os valores que inspiraram o Código de Processo Civil brasileiro original, bem como sua incompatibilidade com o perfil de Estado que sobreveio à sua elaboração – fato que rendeu ensejo a diversas alterações legislativas. Tais alterações previram a criação das *astreintes* como mecanismo genérico aplicável a todo e qualquer processo com o objetivo de garantir o cumprimento da decisão judicial. No que respeita à Fazenda Pública, constatada a inefetividade dos provimentos proferidos em seu desfavor, concluímos que a aplicação da multa cominatória pessoalmente ao seu representante constitui alternativa para assegurar a concretização dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: *Astreintes*; efetividade processual; representante do ente público.

ABSTRACT: In the present work, one identified the values that inspired the first Brazilian Civil Procedure Code, as well as its incompatibility with the profile of State that existed after its elaboration – fact that resulted in many legislative alterations. Such changes predicted the creation of *astreintes* as a generic mechanism that could be applied to every process with the objective of enforcing the judicial decisions. Concerning the Public Treasury, after one noticed the ineffectiveness of the unfavourable grants, one concluded that the application of personal penalty to its attorney was an alternative to enforce the rights.

KEY WORDS: *Astreintes*; procedure effectiveness; attorney.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As reformas processuais, o Estado Democrático de Direito e o ideal de efetividade do processo. 3. *Astreintes*: etimologia, origem, natureza jurídica e critérios para sua utilização. 4. A questão das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. 5. O representante legal do ente público e o dever de participar eticamente do processo. 6. O dissenso jurisprudencial. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No campo do Direito Processual, a doutrina vem manifestando considerável preocupação com a efetividade do processo. Realmente, não há como deixar de abordar tal problema, na medida em que, não obstante as sucessivas alterações legislativas, a prática jurídica insiste em revelar que o processo ainda padece de ineficiência.

Neste trabalho, optou-se por desenvolver o tema da aplicabilidade das *astreintes* de forma pessoal ao representante dos entes públicos. Trata-se, portanto, da análise da efetividade do processo especificamente em relação à Fazenda Pública. Ao longo da pesquisa, busca-se explicar o quão importante é a multa cominatória para otimizar a imperatividade da decisão judicial. Sedimentado isso, analisa-se como pode funcionar – ou não – o manejo das *astreintes* nas lides em que figura o poder público.

Os objetivos foram destacar o viés que inspirou as reformas implementadas no Direito Processual brasileiro, identificando-as com o ideal de efetividade do processo, bem como demonstrar que as *astreintes* constituem uma imprescindível ferramenta nas lides em que a pessoa jurídica de direito público figura como parte sucumbente. Além disso, objetivou-se evidenciar que a aplicação da multa cominatória pessoalmente ao agente representante do ente público acarreta a otimização de sua utilidade e, em conseqüência, da efetividade processual.

Inicialmente, identificamos os valores liberais nos quais se inspirou o Estado quando da elaboração da nossa vigente legislação proces-

sual civil codificada. A partir daí, foram expostas sinteticamente as diferenças entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito, notadamente em relação às suas repercussões no Direito Processual.

Foi feito então um estudo dedicado às *astreintes*, identificando sua origem na qualidade de instituto jurídico, sua utilização no Direito comparado e algumas de suas características.

Em seguida, cuidou-se das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, ocasião em que foi possível perceber como é ineficiente o provimento jurisdicional proferido em seu desfavor.

Depois, lembraram-se algumas das principais teorias que explicam a natureza da pessoa jurídica e, a partir disso, estudamos como se pode dar a aplicação das *astreintes* em seu desfavor, passando necessariamente pela obrigação de seu representante participar eticamente do processo.

Por último, com o objetivo de ilustrar os argumentos expostos no curso da pesquisa, separamos dois acórdãos de tribunais brasileiros acerca do tema, analisando sucintamente, sob a perspectiva da efetividade processual, a solução que cada um deles atribuiu ao caso julgado. Assim, cremos ter sido possibilitada uma compreensão prática do tema pesquisado.

2. As reformas processuais, o Estado Democrático de Direito e o ideal de efetividade do processo

Já há muito tempo que operadores do Direito perceberam que o sistema processual brasileiro, tal como originariamente delineado no Código de Processo Civil vigente, não atendia a contento às necessidades de uma sociedade em franca mutação, inserida em um modelo de Estado absolutamente diverso daquele no qual foi projetada a atual legislação processual codificada. Aliás, possivelmente já há mais tempo ainda que os jurisdicionados, cidadãos que necessitam e fazem uso do sistema judiciário, têm essa percepção de ineficiência da Justiça brasileira.

Com efeito, é nítida a constatação de que o Código de Processo Civil brasileiro inspirou-se fortemente nos valores típicos do Estado Liberal, cuja intervenção na vida social era mínima. De fato, como estandarte de oposição ao Estado Absolutista, o Estado Liberal fez um contraponto radical ao *ancien régime*. Assumido o poder pela classe burguesa, não mais havia espaço para a figura do cidadão-súdito. Ao revés, o Estado é que seria servo do indivíduo. Como consequência disso, não poderia caber a esse Estado nenhuma responsabilidade na promoção do bem comum, que só seria alcançado na medida em que os indivíduos se entregassem à livre e plena expansão de suas energias criadoras (BONAVIDES, 2004, p. 40). A essência estatal, portanto, esgotava-se na missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social.

Esse Estado, neutro, inerte e insensível, assentava-se na crença demagógica de que todos eram iguais perante a lei. Sucede, porém, que essa igualdade se dava no plano meramente formal e, por causa disso, o *individualismo*, a *neutralidade* e o *tecnicismo* do Estado Liberal deram ensejo a inúmeros movimentos sociais, com gênese principalmente nos séculos XIX e XX, os quais vieram a demonstrar que a garantia das liberdades burguesas não era o suficiente para a existência de um Estado justo. Para Bonavides (2004, p. 44), o modelo liberal:

Permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já assinalamos, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir.

No plano do processo, as injustiças proporcionadas pelo Direito Processual Liberal em nosso país revelavam-se (e são ainda hoje percebidas), por exemplo, na existência de inúmeros recursos previstos em lei e no complexo procedimento tipificado para seu processamento, capazes de fazer uma demanda se arrastar por anos a fio. Não obstante as consequências nefastas de um processo sem fim, há ainda hoje quem diga, com boa dose de retórica e analisando o problema sob o prisma unicamente do réu sucumbente, que isso é corolário da garantia *individual* da ampla defesa.

Por sua vez, de modo a ilustrar a repercussão do tecnicismo do Estado Liberal no Direito Processual, tem-se a incomunicabilidade originariamente prevista no Código de Processo Civil brasileiro – se não abolida, ao menos sensivelmente diminuída – dos procedimentos de conhecimento, execução e cautelar. Essa tripartição, evidentemente, contribuiu para a burocratização do processo, com o prolongamento de sua duração e, via de consequência, para sua inefetividade, sendo pouco lógicas, sob uma perspectiva em certa medida pragmática, as razões de exigir o comparecimento das partes diante do juiz para o *acertamento* da relação jurídica e, posteriormente, exigir-se que um novo e diferente processo seja iniciado para o *cumprimento* do que fora acertado.¹

Outro exemplo da incidência da mentalidade liberal em nosso sistema processual está relacionado com o que alguns chamam de respeito à liberdade. Como foi dito, a liberdade do indivíduo constituía noção cara ao modelo de Estado Liberal, sendo ao máximo evitada a ingerência do poder público na vida privada. Essa perspectiva foi bem assentada em nosso Código de Processo Civil vigente, o qual, na sua redação originária, estabelecia que o descumprimento das condenações em obrigações de fazer e não fazer redundariam em perdas e danos (arts. 633 e 643, na forma original)². Como se percebe, uma tal concepção, que retira do juiz a possibilidade de atuar coercitivamente sobre a vontade do indivíduo, reduz os bens da vida *in natura* ao seu equivalente em espécie, podendo tornar o processo algo próximo de um nada, em determinadas situações. É elucidativo o magistério de Marinoni (2009):

[...] se não há como negar que, diante do direito liberal, há relação entre a incoercibilidade das obrigações e a preservação da ‘liberdade do homem’, não se pode deixar de perceber que, dentro da lógica do liberalismo, há também um nexo entre a tutela pelo equivalente e os princípios da abstração das pessoas e dos bens.

¹ Essa percepção é sufragada por Câmara (2002, p. 92-93).

² Na França, nitidamente influenciado pelas importantes conquistas revolucionárias liberais burguesas, o vetusto Código de Napoleão (1804) já preceituava, em seu art. 1.142, que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor.

Se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas o de sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro.

Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada no plano do contrato – não há razão para admitir uma intervenção mais incisiva do juiz diante do inadimplemento, para que então seja assegurada a tutela específica (ou o adimplemento *in natura*). Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, o juiz somente poderia conferir ao lesado a tutela pecuniária.

A sanção pecuniária teria a função de ‘igualizar’ os bens e as necessidades, pois, se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro –, não existiria motivo para pensar em tutela específica. No direito liberal, os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando dessa mesma natureza as tutelas pelo equivalente e ressarcitória.

Sobre a ideologia que permeou a estruturação do nosso sistema processual, Baptista (2005, p. 340-341) comenta incisivamente:

Não se trata, com efeito, apenas de uma concepção extremamente conservadora que, como advertiu agudamente VITTORIO DENTI (*Un progetto per la giustizia*, p. 122), tem servido constantemente de instrumento de ‘defesa de grupos sociais dominantes’, mas, fundamentalmente, de um sistema de processo civil amplamente comprometido com a ideologia liberal que dominava o ambiente cultural europeu, no momento da formação do direito processual civil como uma nova disciplina jurídica, dotada de princípios próprios e autonomia científica.

Os pressupostos ideológicos que informam nossas instituições processuais civis assentam-se no princípio da intangibilidade da pessoa humana, cuja autonomia e liberdade devem ser preservadas com tal profundidade e extensão que nenhuma lei poderá

penetrar na esfera inviolável da autonomia da vontade individual. Esta idéia, quando levada a suas últimas conseqüências, como ocorre em nosso direito, determina que os meios de coerção processual sejam rigorosamente limitados a tímidas medidas de natureza patrimonial.

Dessa forma, em virtude dos problemas brevemente apontados acima, sobrevieram sucessivas reformas do Código de Processo Civil Brasileiro, na tentativa de adequá-lo a um novo modelo de Estado, arquitetado em nosso país já ao fim do século XX e ainda pendente de concretização – o Estado Democrático de Direito. De acordo com esse novo paradigma, não mais se permite ao Estado assistir passivamente as desigualdades sociais e as injustiças produzidas pelo sistema. A partir dessa nova perspectiva, incumbe ao próprio Estado atuar positivamente para a efetiva implementação da igualdade material e de transformação da realidade social. Para Theodoro Júnior (2001, p. 550),

[...] é irrecusável que, por meio das reformas legislativas, se abre o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução dos entraves burocráticos situados num procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados para as concepções e os anseios da sociedade contemporânea, como pelo despertar que ditas inovações podem provocar entre os operadores do processo, conclamando-os a meditar sobre sua verdadeira função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.

Ao demonstrar esse novel perfil de Estado, percebe-se que, no caso do Brasil, o constituinte de 1988 estabeleceu uma série de “novos direitos”, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à educação das crianças e adolescentes, o direito ao planejamento urbano, o direito à saúde, entre vários outros, que, se antes eram relegados ao segundo plano por possuírem natureza meramente programática, passaram então a ter sua implementação incumbida imperativa e primordialmente ao poder público (arts. 225, 227, 182 e 196 da Constituição da República de 1988). Tais direitos são exemplos típicos de obrigações públicas cujo cumpri-

mento é essencial para a transformação positiva da realidade social, não sendo passíveis de redução monetária. Com efeito, quanto a esses direitos, uma tutela jurisdicional que não seja concedida na forma específica torna inútil o processo, pois pouco ou nenhum interesse existe em se obter a tutela pelo equivalente.

A bem da verdade, não só a constitucionalização de direitos sociais veio a exigir um novo paradigma de tutela jurisdicional mas também a própria transformação da economia, que, na civilização pós-industrial, não mais se limita à troca de mercadorias, mas, ao contrário, depende de fatos humanos, consubstanciando relações que se expressam por meio de estruturas jurídicas correspondentes a prestações infungíveis. Também nesse estado de coisas, a solução pelo equivalente monetário não é satisfatória. Como bem anota Bueno (*apud* MARCATO, 2005, p. 1454-1455):

A solução tradicional para o inadimplemento das obrigações sempre foi as perdas e danos. A boa doutrina que se manifestou sobre o tema justifica a correlação entre estas duas situações como decorrência da concepção de um modelo *político* de Estado (e, conseqüentemente, da função do próprio Poder Judiciário) que valorizava, antes de tudo, o individualismo e a intangibilidade da vontade humana. Alterados os perfis e os objetivos dos Estados atuais, voltando-se eles a outros fins antes não concebidos, realinhados os papéis de suas diversas funções, inclusive do Poder Judiciário, não há mais como sustentar que a cada inadimplemento – ou *ameaça* de inadimplemento – só reste ao credor da obrigação perseguir seu equivalente monetário. *Até porque – embora nem sempre – determinados direitos não são sequer suscetíveis de redução monetária.* [...] Mais do que nunca na história do direito brasileiro (leia-se, na história das opções *políticas* feitas pelas Constituições brasileiras) é possível, ao credor, obter, perante o Poder Judiciário, a *imunização* de uma situação de ameaça evitando-se, com isto, o inadimplemento de uma obrigação e, consoante o caso, a inafastável conversão do veículo obrigacional em perdas e danos. (grifo nosso).

Em complemento, merece ser lembrada também a lição de Marino-
ni (2006, p. 437):

Na verdade, se a existência do direito material, em nível de efetividade, depende do processo, não há como negar que a instituição de direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória faz surgir, por consequência lógica, o direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material.

Portanto, se o Estado Democrático de Direito é aquele incumbido de dar concretude aos direitos, o processo moderno é o processo da efetividade – e esta é obtida, em seu grau máximo, com a tutela específica.³ Não por acaso preleciona Dinamarco (2000, p. 297) que “O processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito”. A efetividade, segundo ensina Fux (1996), é a aptidão do processo em alcançar os fins para os quais foi instituído, dando razão a quem realmente a tem e fazendo com que o lesado tenha recomposto seu patrimônio contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao seu direito. De fato, porque proibiu a autotutela privada, o Estado assumiu o gravíssimo ônus de tutelar de forma efetiva as diversas situações de Direito Material. Portanto, o processo deve assegurar ao titular de um direito o mesmo resultado que ele poderia obter caso a ação privada não tivesse sido vedada, ou caso a norma tivesse sido espontaneamente obedecida.

Nesse toar, desde meados da década de 1990, podemos observar a edição de diversos e sucessivos diplomas legais com repercussão direta e substancial no Direito Processual, notadamente na seara civil. Tais normas jurídicas, apresentadas, via de regra, sob a pecha de “reformas”, têm como principal meta, segundo seus idealizadores, a potencialização da garantia constitucional de acesso à Justiça – tanto sob o aspecto formal quanto sob o enfoque material – e dos princípios da efetividade e da celeridade processuais.

Com efeito, o direito de acesso à Justiça, cuja matriz constitucional tem assento no art. 5º, XXXV, da Carta de 1988, por estar enquadrado na categoria dos “direitos e garantias fundamentais”, deve ser interpretado de modo a garantir a sua máxima efetividade. O mesmo pode

³ O eminente Luiz Fux (1996) chega a identificar o “princípio da satisfação específica”.

ser dito em relação ao princípio da celeridade do processo, também incluído pelo legislador, via Emenda Constitucional nº 45/2004, no rol dos “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, LXXXVIII, da Constituição de 1988) – o que, de resto, vem a ser mais uma demonstração do ideário reformista a que nos referimos sucintamente logo acima.

Contudo, a par de otimizar as possibilidades de acesso à Justiça e procurar reduzir a demora no trâmite processual, o legislador, conforme mencionamos, vem também demonstrando preocupação com a efetividade do processo. É dizer: não se afigura suficiente garantir ao jurisdicionado o direito de ingressar em juízo, tampouco basta que o processo tenha termo em prazo razoável. É necessário que a prestação jurisdicional acessível e rápida seja primordialmente efetiva, de modo a realmente garantir aquilo que é devido a cada pessoa.

Assim é que, nos idos de 1994, foram introduzidas alterações legislativas que, entre outras inovações de extremo relevo, possibilitaram a antecipação da tutela independentemente da oitiva da parte adversa e otimizaram a coercitividade na execução das obrigações de fazer e não fazer. Por volta de 2002, nova onda reformista, desta feita para, precipuamente, reforçar os poderes coercitivos do juiz também na execução das obrigações de dar bem como para efetuar importantes alterações no processo de execução. Enfim, entre 2005 e 2006, teve lugar a última leva reformista, efetuando modificações no procedimento do recurso de agravo, alterando alguns aspectos pontuais (e importantes) do processo de conhecimento e introduzindo de vez entre nós o chamado “processo sincrético”, o qual possibilitou que a execução, em diversos casos, fosse realizada no mesmo processo em que se deu o acerto do direito.

Antes que sejam levantadas quaisquer questões, é oportuno esclarecer que não foram apenas nos anos acima mencionados que se editaram leis alterando o Código de Processo Civil. O que ocorre é que, nos aludidos períodos, tiveram lugar as mudanças mais substanciais, em nosso entendimento. Além disso, merece ser devidamente assentado que nem todas as modificações foram felizes, tendo o legislador pecado em diversos aspectos. Todavia, para o presente trabalho, o ponto das reformas que nos interessa é precisamente a introdução das *astreintes* no Código de Processo Civil.

3. *Astreintes*: etimologia, origem, natureza jurídica e critérios para sua utilização

O vocábulo *astreintes* tem origem na palavra latina *astringere* (*ad* e *stringere*), que, em vernáculo, quer dizer estringir (ou adstringir), apertar, comprimir, obrigar.

Como instituto jurídico, as *astreintes* têm suas raízes identificadas no Direito francês,⁴ sendo positivadas naquele ordenamento jurídico inicialmente por meio da Lei nº 72.226, de 5 de julho de 1972, a partir de intenso movimento jurisprudencial contrário ao que preconizava o Código de Napoleão, em seu art. 1.142.

Conforme expusemos linhas acima, a predita codificação, inspirada pelos valores liberais burgueses, estabelecia que as obrigações de fazer e de não fazer resolviam-se em perdas e danos, no caso de inadimplemento pelo devedor. Sendo verificado que tal solução muitas vezes não satisfazia plenamente ao titular do direito material, teve lugar a criação pretoriana das *astreintes*, com o objetivo de influenciar coercitivamente a vontade do devedor no sentido de estimular o imediato cumprimento da obrigação *in natura*, mediante a imposição de sanção pecuniária correspondente ao período de atraso. De acordo com Nery Júnior (2001, p. 146-147),

[...] o direito moderno criou a possibilidade de coagir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas. Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.

A partir da sedimentação da jurisprudência francesa, ordenamentos jurídicos de diversos países passaram a prever seus próprios mecanismos destinados a garantir a efetividade da tutela específica, tendo as próprias *astreintes* se espalhado por outras codificações.

⁴ A esse respeito, *vide* os artigos “Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social” (Luiz Guilherme Marinoni) e “As *astreintes*: limites e possibilidades de sua aplicação” (Luiz Antônio Rizzatto Nunes).

O Direito alemão, *verbo gratia*, a par de prever a possibilidade de fixação de multa cominatória para o caso de descumprimento da decisão judicial, avançou e estabeleceu, também, a hipótese da prisão civil decorrente da desobediência ao comando do juiz. Já no sistema anglo-saxão, identificamos o instituto do *contempt of Court* (que significa “desprezo à autoridade do Tribunal”, representado, por exemplo, pelo descumprimento de uma decisão judicial) como mecanismo similar à multa cominatória. Tal como ocorre com as *astreintes*, a origem do *contempt of Court* associa-se à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes suas decisões⁵. O Direito argentino, por seu turno, no art. 37 do *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*, estabelece que:

[...] los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

No caso do Brasil, as reformas processuais levadas a efeito (principalmente por meio das Leis nº 8.952/1994 e nº 10.444/2002, que modificaram e criaram, respectivamente, os arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil) conferiram embasamento legal *genérico* para a fixação das *astreintes* – omitindo-se o legislador relativamente à possibilidade da prisão civil⁶ –, merecendo apontamento, porém,

⁵ Interessa, nesse particular, a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 97.02.29066-0, julgado em 22 de maio de 2001, Relator Juiz Federal Convocado Ricardo Perlingeiro.

⁶ Não obstante a lamentável omissão legislativa, há respeitável posicionamento doutrinário – seguido por pequena parcela da jurisprudência – que admite a prisão civil como forma de compelir o devedor a cumprir a obrigação estipulada pelo juiz. Nesse sentido, vejamos Marinoni e Mitidiero (2008, p. 432): “[...] a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa coercitiva e as outras medidas para efetivação dos direitos não se

o fato de que, mesmo antes das mencionadas reformas, microssistemas legais específicos de tutela de determinados direitos (como, por exemplo, direitos da criança e do adolescente e direitos do consumidor) já admitiam a imposição de multa cominatória como mecanismo eficiente para garantir a efetividade do processo (*vide* art. 213, § 2º, da Lei nº 8.069/1990 e art. 84, § 4º, da Lei nº 8.078/1990).

A partir da análise dos fins colimados pelas *astreintes* e da forma como estão previstas em nossa legislação, podemos afirmar que sua natureza jurídica é a de técnica processual destinada a atuar coercitivamente sobre a vontade do litigante sucumbente, com o fito de estimulá-lo ao cumprimento da obrigação estipulada na decisão judicial. Ou, nos dizeres de Perrot, citado por Arenhart (2003), as *astreintes* são “[...] um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações”. Sob esse enfoque, as *astreintes* têm caráter nitidamente acessório, uma vez que divergem substancialmente da obrigação de reparar o dano. A rigor, a multa cominatória não guarda nenhuma relação com os danos causados pela infringência ao direito material, sendo certo que, em não raros casos, nem sequer haverá ainda um dano concreto.

Por isso, justamente em decorrência da natureza de medida coercitiva ínsita às *astreintes*, deve-se atentar para os critérios de sua imposição. Com efeito, a má utilização da multa cominatória poderá levar ao próprio desnaturamento de suas finalidades. Assim, não há, nem mesmo de *lege ferenda*, como se interpretar que o valor da multa sofre algum tipo de limitação quantitativa. Certamente há casos nos quais o sucumbente tenderá a preferir suportar o pagamento das *astreintes* e arcar posteriormente com eventuais perdas e danos do que cumprir a obrigação na forma específica. Há ainda hipóteses

mostrarem adequadas – a violação de um direito. Do contrário, várias situações substanciais podem ficar desprovidas de tutela jurisdicional efetiva”. Todavia, a jurisprudência majoritária ainda rechaça tal entendimento (*vide*, por exemplo, STJ, RHC nº 16.279/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/09/2004, STJ, REsp nº 439.939/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 06/10/2003, e STJ, HC nº 8.428/AL, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 21/06/1999).

que versam sobre direitos não patrimoniais ou direitos impassíveis de ser reduzidos a pecúnia (por mais absurda que possa parecer a idéia, quanto equivaleria em dinheiro a destruição completa do teto da Capela Sistina? Quanto seria necessário para reparar a destruição do Rio São Francisco? Há dinheiro que possa trazer de volta um ou outro?). Destarte, não devem ser negados ao juiz, de forma abstrata e apriorística, os poderes necessários a fazer com que as *astreintes* atinjam sua finalidade, que é a de obter o cumprimento da obrigação na forma específica.

Além da impossibilidade de limitação do valor da multa cominatória, deve sua quantificação observar a capacidade econômica do obrigado. De nada adiantaria a imposição de multa em valor astronômico para o demandado miserável, pois sua desproporção subtrair-lhe-á a seriedade de que necessita para permanecer coercitiva. De igual forma, nada efetiva será a fixação de valores módicos para o litigante que ostenta confortável situação econômica.

Ainda, deve ser assegurado às *astreintes*, tal como ocorre no Direito argentino, o seu caráter progressivo. Quer dizer: se a multa tem por objetivo exatamente coibir o réu a cumprir determinada obrigação, deve ser viabilizado seu aumento periódico caso haja fluência do tempo sem que ocorra o adimplemento.

Por fim, pode a multa ser estipulada tanto em um valor único quanto também tendo em mira o inadimplemento periódico. A multa diária, por exemplo, revela-se eficiente nos casos em que se pretenda fazer cessar um ilícito – ou seja, em caso de ilícito continuado. Lado outro, nas hipóteses em que se almeja impedir a prática ou a repetição de um ilícito, a única saída é a imposição de multa em valor fixo.

4. A questão das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo

Inicialmente, não podemos prescindir de definir a quem nos referimos quando mencionamos a expressão “Fazenda Pública”. Com efeito, trata-se de termo equívoco, possuidor de mais de um sentido. Na acepção administrativa, a expressão Fazenda Pública relaciona-se com a administração financeira do Estado. Já sob o prisma

técnico-processual, o termo em questão diz respeito às pessoas jurídicas de direito público em juízo, ou, em síntese, ao “Estado em juízo”.⁷ Portanto, no sentido técnico-processual – que é o de nosso interesse para os fins do presente trabalho –, Fazenda Pública pode referir-se à União, aos estados, aos municípios, ao Distrito Federal, às autarquias e às fundações públicas.⁸ Ainda, é de relevo desde já asseverar que utilizaremos as expressões Fazenda Pública e poder público como sinônimas, a fim de evitar a excessiva repetição de um mesmo vocábulo – o que poderia tornar a leitura um tanto enfadonha. Devidamente assentadas essas questões conceituais, torna-se possível irmos adiante.

Conforme nos revela o cotidiano forense, o poder público mostra-se cliente cada vez mais assíduo dos serviços judiciários, seja na qualidade de autor, seja na de réu – sendo esta última situação a que nos interessa para os fins do presente trabalho. Para termos uma noção mais precisa sobre essa assertiva, basta analisarmos as estatísticas constantes do relatório “Justiça em números – Indicadores estatísticos do Poder Judiciário – Ano 2006”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.⁹

Segundo os levantamentos realizados na órbita do Judiciário federal, o poder público é réu em nada menos que 1.376.204 (um milhão, trezentos e setenta e seis mil, duzentos e quatro) processos. No âmbito da Justiça dos estados-membros, o poder público responde a 733.842 (setecentas e trinta e três mil, oitocentas e quarenta e duas) ações. Especificamente no Estado de Minas Gerais, essa participação se dá em 68.681 (sessenta e oito mil, seiscentos e oitenta e um) feitos. Também a título de ilustração, calha lembrar que o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça trouxe publicação na qual o Ministro Cesar Asfor Rocha afirmou que o poder público é o principal causador da morosidade da Justiça, sendo certo que oitenta e cinco por cento da demanda processual naquele sodalício

⁷ A esse respeito, *vide* Rocha Sobrinho (1999).

⁸ No mesmo sentido: MARCATO, Antonio Carlos *et al.* *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 492.

⁹ O último relatório disponível para consulta é o do ano de 2006.

registrava a participação da administração pública, na maioria das vezes na posição de ré.¹⁰ Todos esses indicadores refletem, de forma inequívoca, que a Fazenda Pública é de fato ré convicta, sendo perceptível sua incapacidade de cumprir, *sponte sua*, os deveres jurídicos que lhe são atribuídos.

Com a sedimentação legislativa dos “novos direitos”, a reestruturação da economia mundial, o gradual aumento da noção de cidadania e o fortalecimento do Ministério Público, deparamo-nos diuturnamente com ações judiciais que têm por escopo precisamente fazer com que o poder público cumpra aquelas obrigações que lhe foram afetas em decorrência de imposições do Estado Democrático de Direito.

Assim, embora esse novo perfil de Estado tenha consagrado a preocupação em proteger importantes direitos, o que se revela é que a Fazenda Pública vem-se apresentando sistematicamente como a primeira violadora dessas garantias, comissiva ou omissivamente. Não raro vê-se que os municípios brasileiros não dispõem adequadamente o lixo produzido por suas populações. Frequentemente nota-se a displicência estatal em fiscalizar empreendimentos com forte potencial poluidor – principalmente em razão da indevida promiscuidade entre o interesse particular dos governantes e os interesses econômicos das empresas. É comum também perceber o descaso do poder público com a questão da saúde, mediante a negativa de disponibilização de medicamentos. Além disso, é costumeiro o desleixo com que são tratadas as crianças e os adolescentes em idade escolar, muitos deles dependentes de um transporte que se encontra em precárias condições de segurança – quando é de fato prestado. Enfim, são esses apenas alguns exemplos de ações e omissões públicas que, dia a dia, retiram a força cogente das normas constitucionais e tornam nossa Constituição uma mera carta de intenções.

Sob a ótica do processualismo e do civilismo liberais, o inadimplemento dessas obrigações seria passível de redundar em indenização por perdas e danos. Pergunta-se: a quem interessaria a reparação em pecúnia? Seria às comunidades que se vêem privadas de seus

¹⁰ Disponível em: <http://forum.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=2&tmp.area=368&tmp.texto=67154>. Acesso em: 30 jan. 2009.

recursos naturais mais essenciais? A crianças e adolescentes que se viram privados de seu direito à educação? Ao paciente que perdeu a vida pela falta de assistência? As situações descritas atestam, definitivamente, a necessidade de utilização de outras técnicas processuais para tutela dos direitos – técnicas essas que se mostrem úteis à sua preservação *in natura*.

Por outro lado, a Fazenda Pública detém uma série de prerrogativas quando figura em juízo. Seus bens são impenhoráveis e eventual ação executiva será satisfeita, salvo casos excepcionalíssimos, por meio dos famigerados precatórios judiciais. Além disso, o legislador infraconstitucional, em clara afronta aos princípios do acesso à Justiça, da celeridade e da efetividade processuais, editou as Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97, as quais vedam abstratamente a possibilidade de deferimento de liminares contra a Fazenda Pública.¹¹ Nesse cenário, litigar contra o poder público torna-se tarefa assaz penosa, burocrática, lenta e ineficiente. Por mais absurdo que possa parecer, um dos grandes violadores dos direitos tutelados pelo Estado Democrático de Direito, à primeira vista, é verdadeiramente imune a um processo efetivo. Tal constatação, aliás, não passou despercebida a inúmeros juristas. Segundo Dinamarco (2000, p. 301):

Das sentenças condenatórias, as que contam com menor poder de impor-se mediante os meios processuais eficazes são aquelas pronunciadas *contra a Fazenda Pública*. Salvo nos casos de obrigações alimentares, o seu momento sancionatório ou não existe ou é extremamente débil e dirigido a atividades outras que não as propriamente executivas; e por isso é que elas chegaram a ser consideradas condenações *aparentes*, o que é correto na medida em que nega a existência de execução contra a Fazenda. (grifo do autor).

Para Caetano (1994, p. 1400),

¹¹ É bem verdade, porém, que tais diplomas vêm sendo gradualmente, e em casos específicos, flexibilizados pela jurisprudência. A esse respeito: STJ, REsp 770969 / RS, Rel. Min. Castro Meira, j. em 15/09/2005; TJMG, Proc. nº 1.0083.04.911036-0/001(1), Rel. Des. Maria Elza, j. em 02/12/2004.

[...] é inteiramente inadmissível, sob pena de se negar a existência do Estado de Direito e de relações jurídico-administrativas, a liberdade de inexecução dos casos julgados deixada à Administração quando assim o entenda e sem que por isso tenha a obrigação de indenizar.

Já Amaral (1997, p. 9) sustenta que:

[...] as sentenças proferidas pelos tribunais a favor dos particulares têm de ser respeitadas e cumpridas pelas autoridades administrativas, ou não estaremos num Estado de Direito [...] de nada servirá o contencioso administrativo se a Administração Pública, ignorando as sentenças e recusando a sua execução, tiver nas mãos o poder de transformar as decisões dos tribunais em puras declarações platônicas do Direito.

A questão já fora também tratada com acuidade pelo Tribunal Constitucional espanhol, que, em histórico precedente, manifestou-se:

La ejecución de las Sentencias – en sí misma considerada – es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución – art. 1 –, que se refleja – dentro del propio Título Preliminar – en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad – en caso de conflicto – se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial – arts. 117 y siguientes de la Constitución – que finaliza con la ejecución de sus Sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el art. 118 de la Constitución establezca que ‘es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo’. Cuando este deber de cumplimiento y colaboración – que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza – se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento – si se

produjera – no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes. El art. 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva – que comprende el de ejecución de las Sentencias según hemos indicado – viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico. (Sentencia 67/1984. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0067>. Acesso em: 30 jan. 2009).

O tema é realmente palpitante, mas nem por isso pode ser tratado com tibieza. Devemos ter em mente o que ensina Felipe (1995, p. 93):

En definitiva, un juez que no dispone de medios jurídicos para ejecutar las sentencias o no es un juez (Hauriou) o es un juez al 50 por 100, y en cualquier caso no es un juez efectivo (y entonces es un juez inconstitucional). De manera que las exigencias de efectividad de la tutela judicial obligan a un cambio sustancial en la ejecución de las sentencias.

Quando o litígio judiciário conta, no pólo passivo, com a presença de uma pessoa natural, afigura-se inegável que o potencial de efetividade do processo é muito maior. Em caso de uma condenação do réu, terá o autor à sua disposição, para fazer valer concretamente a decisão judicial, os eficientes mecanismos implementados pelas reformas processuais, como a penhora *online*, as novas formas de cumprimento da sentença etc. Além disso, o patrimônio do devedor – caso existente – tende a ser apto a suportar prontamente eventual execução, conforme, aliás, preconiza o art. 591 do Código de Processo Civil. Enfim, o réu sucumbente, sendo pessoa natural, é, ao menos em tese, capaz de sentir com maior intensidade os rigores da decisão judicial.

O mesmo não se observa relativamente à pessoa jurídica de direito público. Obviamente, não estamos aqui a sustentar que a Fazenda Pública não deva fazer jus às prerrogativas que lhe são legalmente conferidas quando litiga em juízo. Cremos ser imune a quaisquer questionamentos a premissa de que as prerrogativas atribuídas ao poder público se justificam pelo interesse público presente na atuação do

ente moral. Logo, quando o poder público sucumbe em juízo, não há como deixar de reconhecer que, sob um certo aspecto, a própria coletividade também sofre os ônus respectivos. Esse é o fundamento sobre o qual repousa a legitimidade das prerrogativas asseguradas ao poder público e é sob esse aspecto que elas devem ser encaradas.

Sucede, porém, que, como afirmamos alhures, o Estado muitas vezes apresenta-se como violador primário de direitos consagrados no Texto Constitucional e em determinadas normas infraconstitucionais. Nesses casos, não nos parece jurídico que as prerrogativas conferidas ao poder público sejam transmutadas e corrompidas a ponto de se tornarem não uma garantia da sociedade mas mero escudo protetivo para salvaguardar a prática de atos ilícitos (sejam comissivos ou omissivos), os quais não raro estarão a violar um direito vinculado ao interesse público. Nesse diapasão, a questão que surge é a seguinte: de que maneira é possível assegurar a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos em desfavor dos entes públicos sem que sejam malferidas as normas que regulamentam a atuação da Fazenda Pública em juízo?

5. O representante legal do ente público e o dever de participar eticamente do processo

Antes de pretender oferecer alguma contribuição para a solução do problema apontado no item anterior, torna-se de curial importância relembrar, ainda que de forma breve e superficial, as lições acerca das principais teorias que explicam o fundamento da personalidade do ente moral.

De fato, há várias perspectivas pelas quais se pode encarar o fenómeno do que são as pessoas jurídicas. Para os adeptos da teoria da ficção, apenas o ser humano é naturalmente capaz de ser sujeito de direitos. Portanto, a pessoa jurídica não seria algo real mas sim uma ficção legal, ou seja, uma criação artificial do legislador para exercer direitos patrimoniais e praticar determinados atos. A formulação clássica da teoria da ficção encontra-se em Savigny (*apud* AMARAL, 2003, p. 281).

Há também doutrinadores – Almeida (1905, *apud* AMARAL, 2003, p. 282), Hauriou (1967, *apud* AMARAL, 2003, p. 282), entre outros – da teoria da realidade orgânica ou objetiva. Segundo essa vertente de pensamento, a pessoa jurídica é sim uma realidade viva, um organismo social com existência e vontade próprias, que atua por meio de seus órgãos (daí o nome de teoria orgânica).

Ainda, tem-se a teoria institucional (ou teoria da realidade das instituições jurídicas), a qual reconhece que tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas só são sujeitos de direito porque o ordenamento jurídico assim estatui. Nota-se nessa concepção uma miscigenação das idéias apregoadas pelos adeptos do ficcionismo e do realismo objetivo, na medida em que considera o ente moral não uma realidade orgânica mas meramente jurídica. Para Diniz (2007, p. 230-231), assim como para Roncero (1984, *apud* AMARAL, 2003, p. 284), Planiol et Ripert (1952, *apud* AMARAL, 2003, p. 283) e outros, essa é a teoria que melhor explica a natureza das pessoas jurídicas.

Por fim, identificamos a teoria da realidade técnica – adotada pelo nosso direito positivo no art. 45 do Código Civil. Nos dizeres de Amaral (2003, p. 282-283), essa concepção é tida como formalista, pois considera que a essência da pessoa jurídica não consiste no ser em si – ao contrário do que prega a doutrina da realidade orgânica – mas em uma forma jurídica desvinculada de pressupostos materiais ou requisitos prévios que não aqueles taxativamente previstos em lei.

Em nosso entendimento, com respeitosa vênua às vozes dissonantes, qualquer teoria que pretenda explicar logicamente a existência do ente moral deve se assentar em uma premissa que consideramos inexorável, qual seja, a de que a pessoa jurídica, ainda que aja em seu próprio nome e tenha existência distinta da de seus dirigentes, só pode atuar por intermédio destes. Com efeito, o fenômeno volitivo é traço marcante da personalidade humana e é a ela inerente. Só quem representa uma pessoa jurídica tem condições de fazê-la atuar, inclusive contra sua vontade pessoal ou a favor dela.

Sob esse viés, consideramos que a participação processual ética e efetiva do representante legal da pessoa jurídica é condição *sine qua*

non para que sejam minoradas as dificuldades de fazer valerem as decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública. Essa necessidade de atuação ética e efetiva, ao contrário do que possa parecer, não decorre simplesmente de um postulado moral. Ao revés, cuida-se de dever jurídico, passível de punição pelo descumprimento. Não é outra a conclusão a que se chega a partir da análise do que dispõe, por exemplo, o art. 14 do Código de Processo Civil, alterado em 2001 por meio da Lei nº 10.358. O pré-citado dispositivo prevê, com clareza, como devem proceder as partes e *todos* aqueles que, *de qualquer forma*, participam do processo, elencando entre seus deveres agir com lealdade e boa-fé e cumprir com exatidão os provimentos mandamentais, não criando embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. A toda evidência, o legislador chama os participantes do processo – não só as partes – a agir com probidade processual. De fato, a democratização e a socialização do processo impõem de maneira intergiversável a sua moralização.

Ora, não há como pensar de forma diferente. A dignidade da função jurisdicional deve ser preservada como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e isso passa necessariamente pela exigência de um comportamento adequado dos participantes do processo e pelo esmerado cumprimento das decisões judiciais.

Nessa ordem de idéias, é chegada a hora de tratar especificamente da questão relacionada à aplicabilidade das *astreintes* nas lides em que é parte o poder público. Como já visto, o que torna a multa cominatória um valioso elemento colocado à disposição da jurisdição para fazer valer suas decisões é precisamente seu caráter coercitivo, sua capacidade de influenciar o estado de espírito do sucumbente de modo a fazê-lo crer que é melhor o cumprimento integral e, de certa forma, voluntário da obrigação reconhecida na decisão do que arcar com os ônus pecuniários que serão cumulativamente exigidos em caso de resistência. Todavia, e isso também já fora devidamente assentado, a vontade, por se tratar de característica essencialmente psicológica, não é atributo da pessoa jurídica. Dessa forma, o único caminho restante para se preservar a coercitividade das *astreintes* é fazer com que elas atuem sobre a pessoa física. Nas lides que tenham como sucumbente o poder público, as *astreintes* só terão eficácia se forem impostas de forma pessoal ao representante legal da pessoa jurídica.

Poder-se-ia argumentar que, sendo a obrigação incumbida ao poder público, não seria viável que a multa pecuniária fosse arbitrada em desfavor do representante legal da pessoa jurídica. A esse questionamento, responde-se que a obrigação sobre a qual versa o litígio e as *astreintes* não guardam entre si nenhuma relação ontológica, sendo aquela derivada do Direito material e, estas, mecanismos do direito processual. Não há aí ofensa ao princípio do contraditório, já que é a pessoa física quem age em nome da pessoa jurídica. Ademais, em sintonia com o entendimento de Arenhart (2003, p. 358):

Não se pode, por outro lado, acolher a idéia de que essa resposta ofenderia ao princípio do contraditório, mesmo porque este sujeito (que receberá a ameaça de imposição de multa) terá perfeitadas condições de recorrer da decisão judicial (como terceiro prejudicado), sendo ainda de se observar sua vinculação direta com o sujeito passivo da ação e com a conduta (que se quer realizada ou inibida) por meio da tutela jurisdicional.

Também não se pretende aqui, em hipótese alguma, transferir ao representante do ente moral a obrigação, em si. Esta – a obrigação judicialmente reconhecida – é do poder público, conforme estipula a norma jurídica e a respectiva decisão que a aplicou concretamente. Ocorre que, conforme registrado alhures, pela sua própria natureza, a multa pecuniária não é sucedânea do bem da vida em litígio mas sim instrumento destinado a assegurar a obtenção da tutela específica. É dizer: não se almeja que o representante da pessoa jurídica cumpra por si próprio a obrigação nem que arque com qualquer prejuízo jurídico para cumpri-la. A condenação fora imposta à pessoa jurídica de direito público e apenas a esta se destina. Porém, somente uma pessoa física tem condições de fazer com que uma pessoa jurídica aja de tal ou qual forma – e, em se tratando do ente de direito público, essa pessoa é o seu representante legal.

Um outro aspecto ainda merece ser abordado. A aplicação da multa cominatória ao representante legal da Fazenda Pública não possui, tecnicamente, nenhuma relação com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Como vimos, é traço marcante em quaisquer das teorias que explicam a natureza da pessoa jurídica, a separação

da personalidade desta e dos indivíduos que a constituem. Tal independência revela-se no patrimônio, nas relações jurídicas e na responsabilidade civil. Ocorre que, por vezes, essa propalada autonomia subverte-se a ponto de servir como anteparo para aqueles que pretendem utilizar a pessoa jurídica como instrumento de prática de atos fraudulentos. Para situações desse jaez, elaborou-se no Direito Comparado a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, visando a possibilitar a superação da barreira da “personalidade distinta” para chegar à responsabilização pessoal dos sócios. Na hipótese de aplicação das *astreintes* ao representante do ente público, o agente não está inflexivelmente a se valer da pessoa jurídica para a prática de qualquer ilícito em benefício próprio. A rigor, o descumprimento de uma ordem judicial emitida contra a pessoa jurídica não se dá necessariamente porque o agente pretende se locupletar ou praticar alguma fraude. Em muitas vezes a insubmissão pode estar ligada à vaidade do agente público, que não admite ordens que não as suas próprias. Ainda, pode-se dar por um extremo desleixo com relação à coisa pública – tão comum nos dias atuais. Diante disso, consideramos que a aplicação das *astreintes* ao representante da Fazenda Pública não constitui mera “substituição” do sujeito passivo da multa, mas sim instrumento de coerção a quem de fato ostenta condições de fazer a pessoa jurídica “se mover”.

Por último, mas não menos importante, tendo como pressuposto que as *astreintes* são um eficiente mecanismo posto à disposição dos operadores do Direito para obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, observamos que a negativa de sua aplicação ao representante da Fazenda Pública pode consubstanciar, alfim, violação aos princípios do acesso à Justiça e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da Constituição da República de 1988). Considerando-se que o ideal de efetividade processo se encontra implícito nos aludidos postulados, torna-se possível identificar a existência de um direito fundamental à prestação da tutela executiva – entendida esta, nos dizeres de Guerra (2003), como a “[...] exigência de haver meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo”. No contexto deste trabalho, em se tratando da Fazenda Pública em juízo, é imprescindível, para a prestação da adequada tutela jurisdicional,

que as *astreintes* sejam impostas não ao ente público mas sim ao seu representante, na qualidade de pessoa física capaz de se sentir coagida ao cumprimento da determinação judicial. Em outras palavras: o direito fundamental à prestação da tutela executiva *impõe* que o destinatário das *astreintes* seja a pessoa física, e não a pessoa jurídica de direito público, na exata medida em que só assim a coercitividade será *de fato* um apanágio da jurisdição.

Afinal, as razões acima enumeradas já nos parecem suficientes para justificar a possibilidade de aplicação das *astreintes* ao representante legal da Fazenda Pública. Com efeito, de nada valeria a cominação de multa periódica em desfavor do próprio ente moral. A uma, porque este não tem vontade, sob o aspecto psicológico. Então, cominar-lhe multa periódica em nada o estimularia a cumprir as decisões judiciais. A duas, porque impor as *astreintes* ao poder público pode significar, na prática, penalizar a coletividade em dobro. Imaginemos a seguinte situação: um município recolhe o lixo produzido por seus habitantes e o deposita integralmente de forma inadequada, em uma área de preservação permanente próxima ao córrego que lhe garante o fornecimento de água potável. Em uma ação civil pública, pleiteia-se que esse município, em determinado lapso temporal, cesse a prática da conduta danosa e passe a dispor de seu lixo em conformidade com os regulamentos ambientais, tudo sob pena de multa diária. Pergunta-se: a fixação das *astreintes* alcançaria a finalidade almejada pelo instituto? Ou, mais especificamente: quem seria o prejudicado caso o município não atendesse à determinação judicial? Parece-nos estreme de dúvidas que, em caso de descumprimento, será a coletividade duplamente afetada. Primeiro pela poluição ambiental que põe em risco a integridade do manancial que oferta água à cidade. Segundo porque só poderiam sair dos cofres públicos os recursos necessários para pagar a multa cominatória imposta na decisão judicial. O processo, nesse caso, terá servido não como um instrumento de pacificação de conflitos mas como ferramenta de potencialização de prejuízos. Para contornar tais problemas, sugere Guerra (2003, p. 130-131):

[...] a aplicação da multa diária contra a própria pessoa física, de cuja ação ou omissão depende, diretamente, o cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*. Com efeito, a tanto

se pode chegar com fundamento no próprio §5º do art. 461 do CPC, devidamente interpretado *conforme à Constituição e ao direito fundamental à tutela executiva*, uma vez que aí foi conferido ao juiz o poder de determinar as medidas que julgar necessárias, quer sub-rogatórias, quer coercitivas, para a prestação de uma satisfação integral e em forma específica do credor de obrigação de fazer ou não fazer. (grifo do autor).

Com renovado efeito, o agente público que, nessa qualidade, descumpra uma decisão judicial não pode argüir em seu favor, com o fito de passar indene às *astreintes*, o fato de não ser parte no processo, escudando-se na pessoa jurídica a qual representa. A rigor, é razoável pretender que ninguém está autorizado a desobedecer “em nome” da Administração. Se o faz, age por sua conta e risco. E, se é assim, deve arcar com as respectivas responsabilidades.

Não ignoramos que o agente público insubmisso se sujeita a regimes próprios de responsabilização. Assim, é certo que poderá responder por eventual ação de improbidade administrativa, em virtude de comportamento passível de ser enquadrado no tipo subsidiário do art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, a depender do caso. Além disso, poderá ter engendrada contra si ação penal por desobediência ou prevaricação,¹² também de acordo com o caso concreto. Ainda, será viável o enquadramento por “crimes de responsabilidade” – que, na verdade, não são crimes no sentido técnico-penal que se atribui à palavra, mas mera infração político-administrativa. Entrementes, mesmo com todos esses mecanismos de responsabilização, persistirá o inadimplemento da obrigação – que, a rigor, é unicamente o que interessa ao processo. Posto assim, com a devida vênia, afastar a possibilidade de imposição das *astreintes* de forma pessoal ao representante legal do ente público sob o argumento de que está o respectivo agente sujeito a regime próprio de responsabilidade equivale àquela visão ultrapassada e reducionista de que tudo se converte em perdas e danos.

¹² Há forte controvérsia jurisprudencial a esse respeito. Alguns julgados acentuam que não será possível sequer a responsabilização penal do agente público, por conta do que se convencionou chamar “Direito Penal Mínimo”. Vide TACRIM/SP, HC, Rel. Corrêa Dias, JUTACRIM 77/143 e TACRIM/SP, HC, Rel. Gonçalves Nogueira, JUTACRIM 94/199. Em sentido contrário: TJDF, Apelação 2006.01.1.033833-0, Rel. Juiz James Eduardo Oliveira.

Enfim, são esses os fundamentos que encontramos para assentar a possibilidade de fixação das *astreintes* em desfavor do representante do ente público. A multa cominatória constitui importante mecanismo criado pelo legislador para assegurar a efetividade dos provimentos jurisdicionais e, por isso, não deve ser utilizada com timidez. De fato, seu uso deve ser proporcional ao grau de efetividade que se pretende conferir a um provimento jurisdicional. A rigor, se não há previsão expressa na lei acerca do posicionamento que ora vimos de defender, também não existe vedação abstrata. De outra sorte, pensando-se contrariamente ao que sustentamos, restará esvaziada a finalidade das *astreintes* – e, em última análise, os objetivos do próprio processo – em se tratando de feito cuja ré seja a Fazenda Pública.

6. O dissenso jurisprudencial

Para ilustrar todos os argumentos utilizados para defender a aplicabilidade das *astreintes* ao representante da pessoa jurídica de direito público, destacamos dois casos concretos que, sendo julgados de forma diversa, tiveram também efeitos práticos bastante distintos, sob o enfoque da efetividade do processo.

O primeiro exemplo diz respeito ao mandado de segurança ajuizado por servidores públicos do Distrito Federal, objetivando a incorporação em seus vencimentos do percentual de 84,32%, por perdas decorrentes de plano econômico – Plano Collor. O pedido foi julgado procedente, sendo determinado o cumprimento da obrigação no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária no importe de meio salário mínimo em favor de cada impetrante, a ser suportada pela Fazenda Pública e, pessoalmente, pelo Governador e pelo Secretário de Administração. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reformou parcialmente a decisão originária, tão-somente para prorrogar o prazo de cumprimento para sessenta dias, ficando o acórdão ementado da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCORPORAÇÃO DE ÍNDICE – PLANO COLLOR. DESCUMPRIMENTO. MULTA COERCITIVA. IMPOSIÇÃO

À PESSOA JURÍDICA E AOS SEUS REPRESENTANTES. MANUTENÇÃO. PRAZO. PRORROGAÇÃO. A autoridade impetrada não é estranha ao processo, seja pelo aspecto de defesa do ato impugnado e de sua reforma, caso concedida a segurança, seja por ser o canal de comunicação processual da pessoa jurídica que, não dispondo de vontade nem de psiquismo, não pode ser diretamente constrangida nem convencida a coisa alguma. Para o efetivo cumprimento da obrigação originada da decisão judicial, ou obtenção de resultado equivalente, perfeitamente cabível a imposição de multa coercitiva aos representantes da pessoa jurídica, por serem seu verdadeiro substituto processual. Devido à elevada quantia que representa a obrigação imposta, razoável se mostra a prorrogação do prazo, por mais trinta dias, para seu cumprimento, mantendo-se, como *dies a quo*, aquele já iniciado com a intimação da decisão agravada. Recurso conhecido e provido, parcialmente. Decisão unânime. (Agravamento regimental no mandado de segurança nº 1998002003182-7, Rel. Des. Edmundo Minervino, j. em 11 de julho de 2001).

Como se percebe, no caso em questão, o cumprimento da ordem judicial tende a ser substancialmente mais célere do que na hipótese em que as *astreintes* são impostas contra o ente público. No corpo do precitado aresto, o desembargador relator asseverou que:

[...] considerando a finalidade da própria norma (que deve, sempre, balizar sua interpretação), tenho que cabível é a imposição de multa coercitiva também ao agente responsável pelo inadimplemento, como único meio de fazer valer a teleologia do preceito. Se a função da *astreinte* não é punitiva ou sancionatória, mas sim, coercitiva, o que lhe empresta sentido jurídico é seu poder de influenciar na vontade, no psiquismo, da pessoa de quem depende o adimplemento da obrigação, de sorte a convencê-la que é melhor fazer cumpri-la do que suportar a multa diária. E é de sabença geral que as pessoas jurídicas se exprimem por seus representantes, por seus dirigentes, por seus agentes (pessoas físicas); elas, como ficção jurídica que são, não dispõem de vontade nem de psiquismo. Logo, não podem ser diretamente constrangidas nem convencidas de coisa alguma.

Em nossa ótica, não há posicionamento que esteja mais afinado com os reclames de efetividade do processo, tendo sido bem exposta no

excerto transcrito acima a exata importância das *astreintes* como mecanismo capaz de garantir a imperatividade da decisão judicial. De fato, a desobediência ao comando terá repercussão direta no patrimônio da autoridade administrativa insubmissa, independentemente de responsabilização posterior em outras esferas, pois o que importa é mesmo o cumprimento da obrigação.

Dando outro enfoque à matéria, tem-se decisão emanada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, julgando reexame necessário referente à ação civil pública que pleiteou o fornecimento de medicamento a menor de dezoito anos, agasalhou o entendimento de que é possível a fixação das *astreintes* contra o poder público com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação. O acórdão ficou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MENOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E NECESSITADO. COMINAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação que vise compelir o Poder Público a fornecer medicamento a pessoa necessitada. O Estado deve assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde, porque decorrente de preceitos rígidos da Constituição Federal. É legítima a imposição de multa diária ao Poder Público, para o caso de descumprimento de obrigação imposta, consistente no fornecimento de medicamento a paciente portador de doença grave, tendo em vista a manifesta relevância dos direitos fundamentais que envolve. (Reexame necessário nº 1.0024.06.274947-8/001, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 17 de julho de 2008).

No corpo do *decisum*, o desembargador relator do acórdão ressaltou que a “[...] fixação de multa diária tem o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação imposta e mostra-se compatível com a manifesta relevância dos direitos fundamentais envolvidos neste processo, que devem ser resguardados prioritariamente”. Evidentemente, revela-se louvável a preocupação de preservação dos direitos fundamentais. Todavia, esses mesmos direitos fundamentais só estarão preservados a contento na medida em que se assegurar a efetividade processual – em si mesma, um direito fundamental.

Na hipótese versada no predito julgado, a Corte adotou providência quase que insignificante para garantir o cumprimento de sua decisão. É bem verdade que a fixação da multa cominatória teve por escopo pressionar o ente público a atender à ordem judicial. Todavia, imaginemos o que poderia acontecer na hipótese de descumprimento da decisão. A nosso ver, restaria à parte que teve seu direito reconhecido mover execução contra a Fazenda Pública referente aos valores correspondentes às *astreintes*, a qual se processaria sob o famigerado rito dos precatórios. Quanto à obrigação principal, dada a impossibilidade de cumprimento por outra pessoa, restaria a busca de reparação por perdas e danos – resultado completamente anacrônico permeado por valores que, conforme já exposto à exaustão, não se coadunam com o ideal de concretização dos direitos. Possibilidade de solução bastante diferente seria aberta caso as *astreintes* tivessem, nesse último caso, alcançado o representante legal do ente público.

Entrementes, a solução definitiva poderia ter sido ainda pior. É que houve um voto vencido no julgamento colegiado, proferido pelo desembargador Moreira Diniz, que asseverou o seguinte:

O que se mostra inadmissível é a imposição de multa para o caso de não ser cumprida a decisão judicial.

Em casos de fornecimento de medicamentos, a autoridade pode se ver sujeita a prazos alheios à sua vontade, no procedimento de aquisição, e até de importação.

Nota-se, portanto, que pode ocorrer situação de demonstração de justa causa para a demora no cumprimento da ordem, o que implica em dilação probatória, mais compatível com o rito executivo.

No mais, em caso de não cumprimento proposital da decisão judicial, a autoridade resistente se sujeitará à responsabilização legal de natureza civil ou criminal.

Com tais apontamentos, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para dela decotar a imposição de multa.

Se fosse tal posicionamento o que prevalecesse ao final, aí sim restaria completamente esvaziado o conteúdo imperativo da decisão.

Afirmar que a autoridade resistente sujeita-se à responsabilização civil ou criminal não se presta, de forma alguma, à proteção do bem jurídico *in natura* disputado em juízo, mesmo porque, sob esse aspecto, seriam necessários novos processos para apuração de culpa, procrastinando sobremaneira a imposição de qualquer sanção. Por sua vez, as *astreintes* teriam muito mais efetividade, pois, cominadas no mesmo processo em que proferida a decisão, são passíveis de execução imediata.

Como se pôde ver, os entendimentos jurisprudenciais são divergentes, sendo inegável, porém, que quanto maior a compreensão acerca das finalidades da multa cominatória, maior tende a ser também o grau de efetividade do processo.

7. Conclusões

Os objetivos perseguidos por este trabalho foram destacar os motivos que inspiraram as reformas empreendidas no Código de Processo Civil brasileiro – as quais criaram mecanismos para assegurar uma maior coercitividade às decisões judiciais – bem como expor a importância da utilização das *astreintes* para a consecução desse mister. Especificamente com relação às lides em que a Fazenda Pública figura no pólo passivo, a meta era demonstrar como as *astreintes* constituem ferramentas imprescindíveis para garantir a efetividade do processo, desde que aplicadas pessoalmente ao representante do ente público.

Ao final, as conclusões a que chegamos são as seguintes:

- A nossa legislação processual civil vigente teve, em sua origem, forte inspiração dos valores liberais.
- Tais valores eram caros ao perfil de Estado Liberal, que difere substancialmente do Estado Democrático de Direito.
- No Estado Liberal, a tutela específica não era o objetivo principal do processo, cedendo lugar, em importância, à tutela pelo equivalente.
- O Estado Democrático de Direito tem por escopo a concretização dos direitos, o que só se dá quando a tutela específica assume primazia sobre a tutela pelo equivalente.
- A Fazenda Pública apresenta-se como uma das maiores descumpridoras dos direitos assegurados pelo Estado Democrático de Direito,

sendo cliente assídua do Poder Judiciário e responsável direta pela morosidade da Justiça.

- As execuções contra a Fazenda Pública são, via de regra, pouco efetivas.

- Para otimizar a efetividade das execuções contra a Fazenda Pública, as *astreintes* representam importante mecanismo previsto pelo legislador.

- A fixação das *astreintes* contra a Fazenda Pública faz com que a multa perca o poder de atuar coercitivamente no ânimo do devedor e, por isso, sua imposição deve ocorrer de forma pessoal em relação ao representante do ente público.

- A imposição das *astreintes* diretamente ao representante legal da pessoa jurídica de direito público pode tornar a execução contra a Fazenda Pública muito mais efetiva, tendo em vista que tenderá a influenciá-lo a cumprir voluntariamente a decisão judicial.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do. *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. v. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números* – Indicadores estatísticos do Poder Judiciário – Ano 2006. Disponível em: <http://serpensp2.cnj.gov.br/justica_numeros_4ed/RELATORIO_JN_2006.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo regimental. Execução em mandado de segurança. Obrigação de fazer. Incorporação de índice – Plano Collor. Descumprimento. Multa coercitiva. Imposição à pessoa jurídica e aos seus representantes. Manutenção. Prazo. Prorrogação. Agravo regimental no mandado de segurança nº 1998002003182-7. Distrito Federal *versus* Cleide Aparecida Rocha Nogueira e outros. Relator: Desembargador Edmundo Minervino. Brasília, 11 de julho de 2001.

FELIPE, Miguel Beltran de. *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*. Madri: Civitas, 1995.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: –Fundamentos da Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046>>. Acesso em: 21 jan.2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: Individual e Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo civil. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Fornecimento de medicamento. Menor portador de doença grave e necessitado. Cominação de multa. Possibilidade. Reexame necessário nº 1.0024.06.274947-8/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais *versus* Município de Belo Horizonte. Relator: Desembargador Almeida Melo. Belo Horizonte, 17 de julho de 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *As astreintes: limites e possibilidades de sua aplicação*. Disponível em: <<http://www.unirp.edu.br/revista/AS%20ASTREINTES%20LIMITES%20E%20POSSIBILIDADES%20DE%20APLICA%C3%87%C3%83O%20E%20LIQUIDA%C3%87%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

SOBRINHO, Délio José Rocha. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1 e 2.

Artigo enviado em: 24/09/2009

Artigo aprovado em: 04/07/2010